

IL CODICE DELLE LEGGI ANTIMAFIA

(Decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159)

Esame e commento

Novembre 2011

Come ampiamente pubblicizzato dalla stampa, il decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, recante il codice delle leggi antimafia, è stato pubblicato sulla G.U. n. 226 del 28 settembre 2011 ed è entrato in vigore il 13 ottobre scorso.

Tuttavia, la parte di maggiore interesse per le imprese che istaurano rapporti con le pubbliche amministrazioni, e cioè quella relativa alla documentazione antimafia (libro II, capi I, II, III e IV) non è ancora vigente, in quanto entrerà in vigore decorsi 24 mesi dalla data di pubblicazione del regolamento di funzionamento della banca dati nazionale unica della documentazione antimafia, prevista dallo stesso decreto legislativo. Nel frattempo continua ad applicarsi la vigente normativa in materia.

Con la presente nota si intende accennare ai contenuti del codice antimafia, con particolare riferimento alle disposizioni di più immediato interesse delle imprese di costruzione.

* * * *

LA DELEGA LEGISLATIVA

La legge 13 agosto 2010, n. 136 (artt. 1 e 2) ha attribuito al governo due distinte deleghe legislative riguardanti:

- a) una ricognizione ed armonizzazione della vigente normativa penale, processuale ed amministrativa in materia di lotta alla criminalità organizzata, nonché una ricognizione ed armonizzazione della normativa vigente in materia di misure di prevenzione, anche in relazione all'istituzione dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata;
- b) una modifica e integrazione della disciplina in materia di documentazione antimafia improntate a criteri di semplificazione, accelerazione delle procedure di rilascio della documentazione stessa, potenziamento dell'attività di prevenzione dei tentativi di infiltrazione mafiosa, mediante l'istituzione di una banca dati nazionale unica della documentazione antimafia e l'individuazione, mediante regolamento, delle tipologie di attività maggiormente a rischio di infiltrazione malavitoso, da sottoporre a maggior controllo.

Con il decreto legislativo è stata data attuazione a tali deleghe solo parzialmente; infatti nell'approvazione finale, seguendo il parere delle commissioni parlamentari della Camera, è stata stralciata la prima parte che riordinava norme penali in tema di lotta alle mafie e che presumibilmente formerà oggetto di un prossimo disegno di legge.

IL DECRETO LEGISLATIVO

Il provvedimento normativo si articola ora in quattro libri. Il primo riguarda il procedimento di applicazione e gli effetti delle misure di prevenzione personali (sorveglianza speciale; divieto di soggiorno; obbligo di soggiorno nel Comune di residenza o dimora abituale) e patrimoniali (sequestro e confisca dei beni di soggetti indiziati di appartenere ad associazioni mafiose).

Il secondo libro contiene le nuove norme in materia di documentazione antimafia, mentre il terzo raccoglie le disposizioni vigenti in tema di Procura nazionale antimafia, Direzione distrettuale antimafia e Direzione investigativa antimafia; contiene inoltre le norme organizzative dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata.

Infine nel libro IV trovano posto le norme transitorie, quelle di coordinamento e sono indicate le disposizioni previgenti espressamente abrogate.

EFFETTI DELLE MISURE DI PREVENZIONE

Tra le disposizioni del libro primo, risulta di interesse l'art.67 relativo agli effetti delle misure di prevenzione applicate dall'autorità giudiziaria, che peraltro riproduce sostanzialmente il contenuto dell'art. 10 della legge n. 575/1965 e successive modifiche ed integrazioni.

La norma dispone, per coloro ai quali sia stata applicata la misura di prevenzione con provvedimento definitivo, il divieto di ottenere, tra l'altro, licenze, autorizzazioni di polizia e di commercio, concessioni demaniali e di lavori pubblici, attestazioni di qualificazione per eseguire lavori pubblici, contributi, mutui ed altre erogazioni, nonché il divieto di concludere i contratti pubblici di lavori, servizi e forniture e relativi subcontratti.

L'irrogazione della misura di prevenzione determina anche la decadenza dai provvedimenti sopra indicati, se già disposti.

Il divieto e la decadenza operano anche nei confronti dei conviventi delle persone sottoposte a misure di prevenzione e nei confronti delle imprese di cui la persona sottoposta a misura di prevenzione sia amministratore o determini in qualsiasi modo scelte ed indirizzi.

I divieti e sospensioni dai provvedimenti sopra indicati possono essere disposti dal giudice anche nel corso del procedimento per l'irrogazione della misura di prevenzione ed operano anche nei confronti delle persone condannate con sentenza definitiva o, ancorché non definitiva, confermata in grado di appello, per talune tipologie di reati particolarmente gravi, connessi all'attività della criminalità organizzata (reati indicati dall'art. 51, comma 3 bis del codice di procedura penale).

Si ritiene utile ancora ricordare la disposizione secondo cui la Prefettura di Roma, ai fini della applicazione delle norme in materia di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici, comunica tempestivamente al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti ed alla Autorità di vigilanza sui contratti pubblici i provvedimenti di applicazione delle misure di prevenzione, nonché i procedimenti in corso. La Prefettura

acquisisce le notizie dal centro elaborazione dati del ministero dell'Interno, nel quale le informazioni sono immesse dai questori su comunicazione dei Procuratori della Repubblica (art. 69).

Ai fini della cessazione di tutti gli effetti pregiudiziali connessi alla misura di prevenzione, è necessaria la riabilitazione che l'interessato può chiedere trascorsi tre anni dalla cessazione della misura di prevenzione (cinque anni nel caso di applicazione di misura di prevenzione personale agli indiziati di appartenere ad associazioni di stampo mafioso o agli indiziati dei reati di cui all'art. 51, comma 3 bis del codice di procedura penale).

LA DOCUMENTAZIONE ANTIMAFIA

Di particolare rilievo per il settore dei lavori pubblici è la disciplina prevista nel libro II, con la quale si procede al riordino ed all'aggiornamento delle norme relative alla documentazione antimafia, previste dal D.P.R. n. 252/1998, dal D.Lgs. n. 490/1994 e dal D.P.R. n. 150/2010.

Il Codice prevede un sistema basato sull'istituzione di una banca dati nazionale della documentazione antimafia, che consente un monitoraggio globale delle imprese e, nello stesso tempo, una semplificazione nel rilascio della documentazione antimafia.

Nelle nuove disposizioni viene mantenuta la distinzione fra comunicazione antimafia ed informazione antimafia: la prima attesta la sussistenza o meno di cause di decadenza, di sospensione e di divieto derivanti dall'adozione di misure di prevenzione, o di sentenze di condanna anche non definitiva per talune tipologie di reati (v. art. 67). L'informazione antimafia, invece, comprende, oltre a tali ipotesi, anche l'attestazione della sussistenza o meno di eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o imprese.

Vengono confermate le soglie di valore che indicano l'obbligatorietà dell'una o dell'altra tipologia di documento, o al di sotto delle quali non è richiesta la documentazione antimafia (atti contratti ed erogazioni di importo non superiore a 150.000 euro; la comunicazione è invece richiesta per i contratti di importo superiore a 150.000 euro ed inferiore alla soglia comunitaria; l'informazione per i contratti di importo pari o superiore alla soglia comunitaria e per i subcontratti di importo superiore a 150.000 euro).

Scompare, invece, la previsione contenente l'equiparazione dei certificati camerali alle comunicazioni delle prefetture.

Analizzando più in particolare la normativa si segnalano di seguito le novità più rilevanti.

Ambito di applicazione.

Viene espressamente prevista l'estensione della normativa alle stazioni uniche appaltanti ed ai contraenti generali, ai quali, peraltro, già si applicava in virtù dell'art. 176, comma 8 del codice dei contratti pubblici. Tra i rapporti contrattuali ai quali non si applica la normativa vengono inseriti quelli con coloro che esercitano attività di lavoro autonomo anche intellettuale in forma individuale (art. 83).

Informazione antimafia.

Viene ampliato l'elenco delle situazioni dalle quali può desumersi il tentativo di infiltrazione mafiosa che dà luogo all'informazione antimafia. Fra le nuove fattispecie, si segnalano, in particolare, i provvedimenti che dispongano una misura cautelare, o il giudizio, o che rechino una condanna anche non definitiva per i reati di turbata libertà degli incanti (art. 353 c.p.), turbata libertà del procedimento di scelta di contraente (353-bis c.p.) e truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche (640-bis c.p.); le fattispecie previste dall'art. 12-quinquies del D.L. n. 306/1992 (sul trasferimento fraudolento di valori); l'omessa denuncia dei reati di concussione ed estorsione commessi per finalità di tipo mafioso o avvalendosi di associazioni di stampo mafioso, da parte dei soggetti di cui alla lett. b) dell'art. 38 del Codice degli appalti, anche laddove non sottoposti a procedimento per l'applicazione di una misura di prevenzione o di una causa ostativa; le sostituzioni negli organi sociali, nella rappresentanza legale della società nonché nella titolarità delle imprese individuali ovvero delle quote societarie, effettuate da chiunque conviva stabilmente con i soggetti destinatari dei provvedimenti menzionati nella disposizione, con modalità che, per i tempi in cui vengono realizzati, il valore economico delle transazioni, il reddito dei soggetti coinvolti nonché le qualità professionali dei subentranti, denotino l'intento di eludere la normativa sulla documentazione antimafia (art. 84).

Restano confermate le situazioni indicate nella previgente disciplina (provvedimenti che dispongano una misura cautelare, o il giudizio, o rechino una condanna anche non definitiva per i reati di estorsione, usura, riciclaggio, associazione di tipo mafioso, sequestro di persona; proposta o provvedimento di applicazione di misure di prevenzione; accertamenti disposti dal prefetto nell'esercizio del potere di accesso ai cantieri).

Soggetti sottoposti a verifica antimafia.

Sono indicate con maggior precisione ed ampliate le categorie di soggetti sottoposti alla verifica antimafia. Nell'art. 85, infatti, viene previsto espressamente che la verifica debba riguardare il titolare ed il direttore tecnico dell'impresa individuale; i legali rappresentanti delle associazioni; il socio in caso di società di capitali con socio unico; i raggruppamenti temporanei (anche se con sede all'estero). Sempre con riferimento alle società di capitali, nella disposizione in commento viene previsto che la verifica debba riguardare anche il socio di maggioranza nelle società con un numero di soci pari o inferiore a quattro.

La formulazione di tale ultima previsione desta qualche perplessità, poiché parzialmente differente dalla quella contenuta nella lett. b) del comma 1 dell'art. 38 del Codice dei contratti, relativa alla verifica del possesso dei requisiti generali ai fini della partecipazione alle procedure di gara, che prevede che il controllo nelle società di capitali avvenga sul socio di maggioranza nelle società con meno di quattro soci. L'estensione dei controlli al socio di maggioranza nelle società con un numero di soci pari a quattro, operata nel Codice antimafia, pertanto, potrebbe porre alcuni problemi di coordinamento con la menzionata disciplina codicistica.

Quanto alla verifica effettuata sulle società consortili, si aggiunge la previsione secondo cui la verifica debba riguardare i soci che detengano una partecipazione inferiore al 10 per cento e che abbiano stipulato un

patto parasociale riferibile a una partecipazione pari o superiore al 10 per cento.

Con riferimento alle società di persone, viene previsto che siano sottoposti a verifica i soci persone fisiche delle società personali o di capitali che ne siano socie; in merito, occorre rilevare che la formulazione della disposizione non appare chiara e di agevole comprensione. Qualora, infatti, ci si dovesse soffermare sul dato meramente letterale, sembrerebbero soggetti al controllo tutti i soci delle società di capitali che siano a loro volta socie di società di persone, con un'estensione notevole dei soggetti interessati dalla documentazione antimafia rispetto all'ipotesi delle verifiche effettuate direttamente in capo alle società di capitali.

Da ultimo, occorre segnalare la previsione secondo cui l'informazione antimafia debba riferirsi anche ai familiari conviventi dei soggetti sottoposti a verifica.

Validità della documentazione antimafia.

Mentre si conferma la validità semestrale della comunicazione, viene ampliata la durata di validità dell'informazione antimafia, che dai precedenti sei mesi viene portata a dodici mesi, qualora non siano intervenuti mutamenti nell'assetto societario e gestionale dell'impresa oggetto dell'informazione (art. 86);

Modalità per il rilascio della documentazione antimafia

La nuova normativa prevede procedure più snelle per il rilascio della documentazione antimafia.

La comunicazione è conseguita mediante consultazione diretta della banca dati da parte delle stazioni appaltanti, concessionari, contraenti generali (ma può essere effettuata anche dai privati interessati, dalle camere di commercio, dagli ordini professionali). Qualora dalla banca dati non emerga alcun provvedimento ostativo, il prefetto rilascia immediatamente la comunicazione antimafia liberatoria.

Qualora, invece, emergano cause di divieto o decadenza, il prefetto effettua verifiche entro un termine di quarantacinque giorni. All'esito delle verifiche il prefetto rilascia una comunicazione interdittiva o liberatoria a seconda che le cause ostative siano confermate o meno.

Anche l'informazione antimafia (che, si ricorda, è necessaria per la stipula di contratti di importo pari o superiore alla soglia comunitaria e per l'autorizzazione di subcontratti di importo superiore a 150.000 euro) è rilasciata mediante consultazione della banca dati. Ma in questo caso la richiesta da parte delle stazioni appaltanti ed altri soggetti interessati deve essere effettuata al momento dell'aggiudicazione ovvero trenta giorni prima della stipula del contratto.

Quando dalla banca dati non emergano cause di divieto o decadenza di cui all'art. 67, o di un tentativo di infiltrazione mafiosa, viene rilasciata immediatamente l'informazione antimafia liberatoria.

Quando, invece, emergano provvedimenti ostativi o tentativi di infiltrazione mafiosa (o meglio una delle situazioni indicate dall'art. 84 e dall'art. 91, comma 6, dalle quali si possono desumere i tentativi di infiltrazione mafiosa) il prefetto compie i necessari accertamenti e verifiche e, se confermato il tentativo di infiltrazione mafiosa, rilascia l'informazione interdittiva nel termine di quarantacinque giorni, ai quali si aggiungono ulteriori trenta giorni in caso di

Autocertificazione

È stata riconfermata la possibilità di ricorrere alla autocertificazione sostitutiva della comunicazione antimafia in caso di urgenza ovvero di provvedimenti di rinnovo o conseguenti a provvedimenti già disposti.

Per quanto riguarda l'informazione antimafia, la possibilità di ricorrere all'autocertificazione è ammessa, decorso il termine di quarantacinque giorni dalla richiesta ovvero di quindici in caso di urgenza. In questi casi il contratto è stipulato sotto condizione risolutiva ed, in caso di informazione interdittiva, le stazioni appaltanti hanno l'obbligo (in passato la facoltà) di recedere dal contratto, fatto salvo il pagamento del valore delle opere già eseguite e delle spese sostenute per l'esecuzione del rimanente, nei limiti delle utilità conseguite.

Nel caso in cui i tentativi di infiltrazione mafiosa siano accertati nel corso di esecuzione del contratto o del subcontratto, la nuova disciplina stabilisce l'obbligo di recesso dal contratto o di revoca dell'autorizzazione al subcontratto, eliminando la valutazione discrezionale che la previgente normativa lasciava all'amministrazione appaltante in ordine all'opportunità di interrompere il rapporto contrattuale.

Le disposizioni in commento, dunque, superano le precedenti controversie interpretative sull'obbligatorietà o facoltatività delle misure da adottarsi da parte delle amministrazioni in caso di sopravvenienza di informazione antimafia interdittiva.

Attività a maggior rischio

Di particolare importanza appare la nuova disposizione di cui all'art. 91, comma 7, che, riprendendo la norma di identico contenuto della legge delega (art. 2 legge n. 136/2010), prevede l'emanazione di un Regolamento, che individui le diverse tipologie di attività suscettibili di infiltrazione mafiosa nell'attività di impresa per le quali, in relazione allo specifico settore d'impiego e alle situazioni ambientali che determinano un maggiore rischio di infiltrazione mafiosa, è sempre obbligatoria l'acquisizione della documentazione, (rectius informazione) indipendentemente dal valore del contratto, subcontratto, concessione, erogazione o provvedimento di cui all'art. 67 dello stesso Codice antimafia.

La norma trova un precedente nella direttiva emanata dal Ministro dell'Interno il 23 giugno 2010, che ha individuato alcune attività che si sono rivelate più permeabili al pericolo di condizionamento mafioso e pertanto vanno sottoposte ad un controllo più stringente. Si tratta di quelle attività che si pongono a valle dell'aggiudicazione degli appalti per la realizzazione di opere pubbliche, tra le quali tutte quelle legate al ciclo del calcestruzzo e del bitume, i noli a caldo e a freddo, lo smaltimento in discarica dei residui di lavorazione, l'attività di cava, la fornitura di ferro lavorato, la guardiania dei cantieri.

Alle medesime attività si fa riferimento nei decreti del Presidente del consiglio dei Ministri previsti rispettivamente dal D.L. n. 39/2009, convertito nella L. n. 77/2009, sulla ricostruzione in Abruzzo e dal D.L. n. 135/2009, convertito nella L. n. 166/2009 sugli interventi connessi allo svolgimento dell'EXPO Milano 2015, entrambi approvati recentemente dal Consiglio dei Ministri ed in attesa di pubblicazione. Entrambi i decreti prevedono la costituzione presso le competenti Prefetture di elenchi nei quali possono iscriversi le imprese esercenti le attività sopra indicate previa verifica dell'insussistenza del tentativo di infiltrazione mafiosa. La verifica viene ripetuta annualmente.

Ai soggetti iscritti negli elenchi possono rivolgersi gli appaltatori dei lavori per l'affidamento dei subcontratti avendo la

certezza di non venire in contatto con imprese mafiose.

Poteri di accesso e accertamento del prefetto

L'art. 93 del codice disciplina il potere del prefetto di disporre accessi ed accertamenti nei cantieri delle imprese interessate all'esecuzione di lavori pubblici, già previsto dall'art. 5 bis del D.lgs. n. 490/1994 e recepisce integralmente il D.P.R. 2 agosto 2010, n. 150 sul rilascio delle informazioni antimafia a seguito degli accessi.

Si chiarisce che le imprese interessate alla esecuzione dei lavori sono tutti i soggetti che intervengono a qualunque titolo nel ciclo di realizzazione dell'opera, anche con noli, forniture di beni e prestazioni di servizi, anche di natura intellettuale, indipendentemente dall'importo dei contratti.

Al termine degli accertamenti il prefetto valuta se dai dati raccolti possano desumersi, in relazione alle persone che determinano gli indirizzi dell'impresa, elementi relativi a tentativi di infiltrazione mafiosa. In tal caso emette l'informazione interdittiva, eventualmente previa audizione del responsabile dell'impresa.

Per quanto riguarda gli effetti delle informazioni interdittive rilasciate a seguito di accesso ai cantieri, è confermato che nel caso in cui dall'informazione antimafia emerga la sussistenza di cause di decadenza, sospensione o divieto derivanti dall'adozione di misure di prevenzione o elementi relativi a tentativi di infiltrazione mafiosa, le stazioni appaltanti non possano procedere alla stipulazione, approvazione o autorizzazione dei contratti o dei subcontratti, né autorizzare, rilasciare o consentire concessioni ed erogazioni ovvero debbano revocare le autorizzazioni e le concessioni o recedere dai contratti, se l'accertamento delle cause ostative è effettuato successivamente all'adozione dei provvedimenti o stipula dei contratti. Viene, poi, stabilito che gli unici casi in cui le amministrazioni possano non procedere a revoche o recessi siano quelli in cui l'opera sia in corso di ultimazione oppure, nel caso di forniture di beni o servizi ritenute essenziali per il perseguimento dell'interesse pubblico, quando il soggetto che le fornisce non sia sostituibile in tempi rapidi.

Ulteriori disposizioni sui contratti pubblici

L'art. 95 conferma due rilevanti disposizioni già contenute nel D.P.R. n.252/98: la prima consente alle ATI di estromettere, sostituendola, l'impresa mandante per la quale il prefetto abbia comunicato un'informazione interdittiva, in modo da evitare che le cause ostative al contratto si estendano alle altre imprese associate; la seconda impone alle amministrazioni appaltanti di informare i prefetti della pubblicazione di bandi relativi a contratti di importo pari o superiore alla soglia comunitaria in modo da consentire ai prefetti di svolgere accertamenti preliminari sulle imprese del luogo dove si eseguiranno i lavori per le quali è maggiore il rischio di infiltrazione mafiosa ed, in caso di accertamento di tale situazione, di emettere l'informativa interdittiva. È proprio su questa disposizione che si basano le direttive del Ministro dell'interno del 23 giugno 2010, precedentemente citate.

La banca dati

L'elemento di maggior rilievo della nuova normativa è l'istituzione della banca dati nazionale unica della documentazione antimafia, presso il Ministero dell'Interno (Dipartimento per le politiche del personale e risorse finanziarie).

La banca dati è collegata telematicamente con il Centro elaborazione dati del Dipartimento della pubblica sicurezza,

nel quale vengono raccolti dati forniti dalle forze di polizia (fra l'altro, le informazioni trasmesse ai questori dalla cancelleria dei tribunali e dai procuratori della Repubblica circa i provvedimenti di applicazione di una misura di prevenzione ovvero di una proposta per l'applicazione di una misura di prevenzione).

È inoltre collegata con il sistema informatico costituito presso la Direzione investigativa antimafia, costituita presso il Dipartimento della pubblica sicurezza, nel quale sono inseriti dai prefetti i dati acquisiti nel corso degli accessi ai cantieri.

Nella banca dati sono contenute le comunicazioni e le informazioni antimafia , liberatorie ed interdittive.

In definitiva, con la messa a regime della banca dati unica a livello nazionale, si realizzerà un sistema integrato di dati che consentirà un costante monitoraggio delle imprese. Inoltre, come visto, si attuerà una semplificazione delle procedure per l'ottenimento della documentazione antimafia, in quanto l'accertamento dell'insussistenza delle condizioni ostative a contrarre con la pubblica amministrazione verrà verificato in via informatica direttamente dalle stazioni appaltanti, dalle Camere di commercio e dagli ordini professionali.

Si ricorda nuovamente che l'istituzione della banca dati nazionale è demandata all'emanazione di uno o più Regolamenti, da adottare entro sei mesi dalla data di entrata in vigore del D.Lgs. n. 159/2011, e che, di conseguenza, secondo quanto previsto dall'art. 119 del Codice antimafia, le disposizioni previste nel libro II, relative alle previsioni di carattere generale, alla documentazione antimafia, alle comunicazioni ed alle informazioni, entreranno in vigore dopo 24 mesi dalla data di pubblicazione in Gazzetta Ufficiale dei suddetti Regolamenti.

ABROGAZIONI

L'art. 120, comma 1, indica in modo espresso le disposizioni di legge che devono intendersi abrogate dalla data di entrata in vigore del libro I del codice (13 ottobre 2011), in quanto recepite nello stesso libro I.

Il secondo comma dello stesso articolo individua poi le disposizioni in materia di documentazione antimafia che saranno abrogate dalla data di entrata in vigore del libro II del codice.

Tra queste il D.lgs. n. 490/1994, il D.P.R. n. 252/1998 ed il D.P.R. n. 150/2010, la cui materia è stata integralmente ridisciplinata dal codice.

Tra le disposizioni abrogate figura anche l'art. 1 septies del D.L. 6 settembre 1982, n. 629, convertito nella L. 12 ottobre 1982, n. 726, che prevedeva le c.d. "informazioni atipiche".

La norma non è stata riprodotta dal codice, e dunque sarà da considerarsi espunta dall'ordinamento alla data di entrata in vigore del libro II del codice.

Con l'informativa atipica viene inviata dal prefetto all'amministrazione competente ad emanare provvedimenti in ordine allo svolgimento di attività economiche una raccolta di elementi di fatto rimessi alla sua valutazione in vista dell'adozione del provvedimento stesso. Questo istituto ha creato notevoli problemi nella prassi, proprio per la difficoltà dell'amministrazione procedente a valutare gli elementi forniti dal prefetto in relazione alla reale sussistenza del pericolo di infiltrazione della criminalità organizzata. Di conseguenza è da valutare positivamente la sua abrogazione che, peraltro, avverrà solo con l'entrata in vigore del libro II del Codice.